

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**GABRIEL DE MELO FIGUEIREDO**

**O DIREITO PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E  
EMPRESAS PÚBLICAS**

**JOÃO PESSOA  
2018**

**GABRIEL DE MELO FIGUEIREDO**

**O DIREITO PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E  
EMPRESAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa do Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Márcia Glebyane Maciel  
Quirino

**JOÃO PESSOA  
2018**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

F475d Figueiredo, Gabriel de Melo.

O Direito Privado na Administração Pública: uma análise da influência nos contratos administrativos e empresas estatais / Gabriel de Melo Figueiredo. - João Pessoa, 2018.

63 f.

Orientação: Márcia Glebyane Maciel Quirino.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Administração Pública. Influências. I. Quirino, Márcia Glebyane Maciel. II. Título.

UFPB/CCJ

**GABRIEL DE MELO FIGUEIREDO**

**O DIREITO PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA  
INFLUÊNCIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E EMPRESAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa do Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

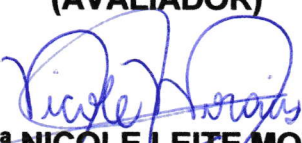
Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Márcia Glebyane Maciel  
Quirino

**DATA DA APROVAÇÃO: 17 DE DEZEMBRO DE 2018**

**BANCA EXAMINADORA:**

  
**Prof.ª Dr.ª MARCIA GLEBYANE MACIEL QUIRINO**  
(ORIENTADORA)

  
**Prof.ª IZABEL VICENTE IZIDORO DA NOBREGA**  
(AVALIADOR)

  
**Prof.ª NICOLE LEITE MORAIS**  
(AVALIADORA)

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ter abençoado e conduzido minha vida, me concedido inúmeras graças e por ter escolhido uma família que me proporcionou tudo o que tenho hoje.

À minha família, especialmente aos meus pais e minha irmã, os quais estiveram sempre apoiando e me dando força durante esses cinco anos de graduação. São eles que torcem por mim, que choram minhas tristezas e comemoram minhas vitórias. São eles que estão sempre do meu lado e sou muito grato por isso.

À Gabriela, minha companhia diária durante quatro anos do curso. Aquela que me acalma, me aconselha, que torna o dia mais leve e que divide comigo os melhores momentos. Além disso, aquela que contribuiu com a correção gramatical desse trabalho. A você, todo meu amor.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas, especialmente à minha orientadora Márcia Glebyane, os quais contribuíram para a minha formação jurídica e que são espelhos para minha vida profissional.

Aos meus colegas de curso, que se transformaram em grandes amigos, Antônio, Bruno, Dinah, Elvira, Felipe, Hygor, George, Guilherme, Samantha, Vitor e Yan. Aqueles que tornaram as aulas mais leves e engraçadas, que dividiram não só as angustias de provas, seminários e do próprio TCC, mas também a aprovação de cada etapa. A vitória de um é a vitória de todos. Desejo muito sucesso a todos vocês!

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a forma como o direito privado se relaciona com a atuação da Administração Pública brasileira. A dicotomia entre direito público e direito privado vem se tornando mais estreita ao longo dos anos, de modo que diversos institutos privados são utilizados cotidianamente pelos entes da administração. O eventual uso de normas do regime jurídico de direito privado é uma tentativa de fuga ao regime jurídico administrativo, o qual, ao mesmo tempo que impõe privilégios que não dispõe o particular, aplica restrições a que o particular não é obrigado a seguir, e limitam a Administração como no caso de contratações de servidores e na realização de obras e serviços, por exemplo. Estas limitações estimulam o uso do direito privado e estão presentes culturalmente nos setores do Estado Brasileiro e, mediante a justificativa da ineficiência, utiliza-se dos meios privados para atuar. No entanto, deve-se ter cautela na utilização de normas privadas, uma vez que o princípio da legalidade e a segurança jurídica não podem ser descumpridos sob o pretexto da utilização de regras privatistas para busca da máxima eficiência do interesse público. A partir disso, foram escolhidas duas das inúmeras formas que o direito privado se relaciona com a Administração, que são os contratos administrativos e a atuação das empresas estatais. São analisadas assim, características contratuais privadas em vários negócios jurídicos, como contratos da administração e contratos privados em que a Administração Pública realiza, elencando contratos de menor até o maior grau de influências privadas. Ademais, quanto às empresas estatais, é demonstrado o hibridismo que caracteriza o seu regime jurídico, comprovando que a influência privada não é capaz de retirar certas características públicas daquelas empresas. Dessa forma, é possível compreender as relações entre as normas públicas e privadas, que acabam por não serem tão distante como antes se imaginava, pelo contrário, se mesclam de forma harmônica para formar o ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Administração Pública. Direito privado. Direito Público. Contratos Administrativos. Empresas Estatais.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DIREITO PÚBLICO</b>	13
2.1 A BUSCA DA EFICIÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PRIVADO	14
2.2 O USO DO DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO E O DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
<b>3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	21
3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA EXISTÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	23
3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO	25
3.3 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	28
<b>3.3.1 Prerrogativas inerentes à Administração Pública e a possibilidade de flexibilização do <i>pacta sunt servanda</i></b>	30
3.4 TRAÇOS DE INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS PÚBLICOS	33
<b>4 EMPRESAS ESTATAIS E O REGIME JURÍDICO HÍBRIDO</b>	45
4.1 A RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS	49
<b>4.1.1 Princípio da Legalidade nas Empresas Estatais</b>	50
<b>4.1.2 Princípios da Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência nas Empresas Estatais</b>	51
4.2 TRAÇOS DE PROXIMIDADE ENTRE AS EMPRESAS ESTATAIS E O DIREITO PRIVADO	53
<b>4.2.1 Regime Trabalhista nas Empresas Estatais</b>	54
<b>4.2.3. Regime de Bens nas Empresas Estatais</b>	56
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	59
<b>REFERÊNCIAS</b>	62

## 1 INTRODUÇÃO

A dicotomia existente entre direito público e direito privado possibilitou a divisão entre dois universos distintos ao longo de tempo, de modo que os interesses do Estado seriam exclusivamente tutelados pelas normas de direito público, e os interesses particulares seriam destinados ao direito privado.

Mas nem sempre foi dessa forma. Em alguns períodos históricos, podemos citar aqui tanto o Império Romano como o período do absolutismo europeu, a figura do Estado estava ligada diretamente à figura de um Rei ou um de Imperador, que detinha os poderes estatais, como o legislativo, o judiciário, a polícia e cobrança de impostos. Percebe-se, assim, que a administração e a organização das atividades estatais estavam ligadas à interesses privados.

Com a percepção da necessidade de introduzir no Estado diretrizes que colocassem os interesses públicos acima dos privados, uma vez que as regras privatistas não solucionavam os interesses estatais emergenciais da época, teve início a discussão sobre a maior presença de normas de direito público nas atividades estatais.

Assim, normas de direito administrativo, constitucional e tributário foram reestruturadas como conhecemos hoje, possibilitando um Estado mais voltado para os reais interesses da sociedade em geral, com os interesses privados sendo atendidos de maneira reflexa.

Apesar da divisão entre direito público e direito privado, não há como separá-los integralmente, até porque se utilizam de raízes em comum, como a aplicação dos princípios gerais do direito. Dessa forma, é evidente que, sozinho, o Estado não poderá tutelar todas as relações da sociedade e, do mesmo modo, os particulares necessitam de normas publicistas para reger suas relações com entes estatais.

Desse modo, a interação do Estado com o direito privado veio para facilitar a relação entre a Administração e a sociedade, bem como para suprir certas lacunas legislativas através de influências de determinados institutos que trataremos ao longo do trabalho.

Além disso, a possibilidade do alcance de maior eficiência é a razão para utilização de normas privadas em muitas oportunidades. Entretanto, o pretexto da eficiência não poderá ser tido como absoluto e ser a todo custo colocada com



prioridade na atuação estatal. Neste sentido, as normas de direito privado para serem inseridas no campo público, não poderão colocar em xeque o princípio da legalidade administrativa preconizada no texto constitucional, bem como não poderá oferecer risco à segurança jurídica.

A partir disso, o trabalho tratará, inicialmente, da maneira que se dá a utilização de normas de direito privado na Administração e sua ligação com a busca da eficiência estatal, abordando como incluir o direito privado sem retirar o caráter público da atividade estatal, bem como se deve ter como centro a obediência do ordenamento jurídico e respeito ao princípio da legalidade, independentemente do atingimento do máximo do interesse público.

Nos capítulos subsequentes, pelo fato do tema abordar uma gama imensa de influências privadas sobre a Administração e ser impossível tratar todas elas em um único trabalho, foi escolhido dois pontos centrais para análise das influências do direito privado na atuação administrativa, que serão os contratos realizados pela administração pública e as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Será abordado tanto os contratos administrativos como os contratos privados realizados pela Administração Pública, mostrando as diversas formas que o direito privado se faz presente, assim como suas influências em pontos específicos, como algumas espécies de contratos, como o contrato licitatório e o do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), os contratos de concessão e de parceria público-privadas (PPP's).

Já com relação às empresas estatais, será tratada a influência do direito privado em seu regime jurídico, assim como normas do direito privado e suas relações com os princípios que regem a atividade da Administração Indireta e certas peculiaridades que caracterizam estas empresas, como os bens e os empregados públicos.

Por fim, para análise da problemática analisada no trabalho, que é a verificação da possibilidade da influência de normas privadas na atuação administrativa, será utilizada o método de abordagem dedutivo, observando a maneira como as normas privadas estão presentes nas relações decorrentes dos contratos privados firmados pela Administração Pública e em toda a regulamentação das empresas estatais, assim como suas influências na obediência aos princípios essenciais do direito administrativo nessas empresas.

Quanto aos métodos de procedimento de investigação, utilizar-se-á o método histórico, visto que este partirá da análise das inúmeras relações existentes entre o direito privado e a atuação administrativa, partindo da análise da necessidade das normas privadas ao longo da evolução do Estado e a busca pela desburocratização e a consequência eficiência pela busca do interesse público.

Em relação ao levantamento de dados, estes serão realizados através de pesquisa bibliográfica. A pesquisa bibliográfica ocorrerá a partir de estudos de publicações relacionadas ao tema tratado na pesquisa, a exemplo de livros, artigos científicos, monografias, periódicos, sites, teses, dissertações.

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DA PRESENÇA DO DIREITO PÚBLICO

A Administração Pública Brasileira, formada pelos entes da Administração Direta e Administração Indireta, comporta atividades executórias, de gerenciamento e administração da coisa pública, visando satisfação do interesse comum.

Neste contexto, o Direito Administrativo é intrinsecamente ligado à Administração Pública, pois detém o conjunto de normas legais gerais que regulam a atuação desta. No meio jurídico, essas expressões são tidas como sinônimas muitas vezes. No entanto, não são, uma vez que a Administração Pública tem a possibilidade de ser regulada por outro ramo do Direito em suas relações privadas, que não o Direito Administrativo, como veremos ao longo deste trabalho.

A Administração Pública será regulada pelo Direito Público em decorrência de um dos princípios corolários do Direito Administrativo, que é a indisponibilidade do interesse público, que define que a atuação administrativa é, ao mesmo tempo, limitada e decorrente do fato da impossibilidade de abrir mão do interesse público, devendo basear-se nisto para sua atuação estatal.

Desse modo, o administrador não poderá deixar de atuar quando for fundamental para a necessidade pública, sendo um poder-dever sua atuação. O autor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> dispõe que “é encarecer que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”.

Assim como o Direito Público, a atuação administrativa deverá servir ao interesse individual apenas de maneira reflexa, de modo que os interesses individuais não se sobreponham aos interesses coletivos. Contrariamente a essa ideia, o Direito Privado, que tem o Direito Civil como seu principal expoente, deve proteger os interesses individuais, de maneira que assegure boas relações entre os indivíduos, seja nas suas relações privadas, seja nas suas relações em que um dos polos seja o Estado.

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009. p. 74.

Além disso, existem influências recíprocas entre esses ramos do Direito. Maria João Estorninho<sup>2</sup> ensina que a possível autonomia do Direito Administrativo não impede a adoção de regras diferentes das do Direito Público. Leciona ainda, com base na utilização de princípios gerais de Direito, os quais são aplicáveis tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado. Bem assim, faz referência à utilização do Direito Privado para suprir as lacunas existentes no Direito Administrativo.

No entanto, é necessário ter cautela no uso do direito privado pela Administração. O modo pelo qual o poder estatal se utiliza de normas privadas não pode desvirtuar a Administração, porque, como dito, deve ser observada a indisponibilidade do interesse público.

Desse modo, resta claro que quando falarmos de Administração pública, a presença do Direito Público e do Direito Administrativo será incontestável. O Direito Privado, por sua vez, também terá sua aplicação, como veremos nos capítulos seguintes, contudo, as normas que regulam a atividade administrativa deverão ser mais rígidas, a fim de garantir a indisponibilidade do interesse público e a sua máxima satisfação.

## 2.1 A BUSCA DA EFICIÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PRIVADO

Não basta ao Estado apenas tutelar os interesses coletivos gerais, mas também tutelar de modo satisfatório e eficiente.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, caput, dispõe sobre os princípios gerais que toda atuação administrativa deve se basear, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Podemos notar que a eficiência, conforme dito, é um dos princípios basilares da Administração Pública, devendo sua busca ser perseguida em toda a atuação estatal, sob pena de descumprimento da Constituição.

---

<sup>2</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 337-338.

Nesse contexto, a Administração procura uma forma de se desgarrar de certas amarras legislativas inerentes à sua atuação, as quais, em excesso, tornam a atividade mais burocrática e, por consequência, menos ágil e menos eficiente. É assim que aparece a possibilidade de utilização de normas privadas para a realização das atividades administrativas e alcance da eficiência.

Silvia del Saz<sup>3</sup> faz uma reflexão sobre a relação entre a eficiência e a procura do direito privado pela Administração, elencando três causas, quais sejam: a rigidez ou inequação dos procedimentos administrativos, o alcance exorbitante do controle judicial e os resultados deste controle, defendendo que:

Todas essas causas demonstram-se como espectro do modelo burocrático de Administração Pública, em especial a rigidez ou inadequação dos procedimentos administrativos, sobretudo quando se pensa em uma sociedade que exige atuações de um Poder Público mais eficiente e também quando presentes novos avanços tecnológicos e científicos que exigem modificações no atuar administrativo. (tradução nossa).

No tocante ao momento histórico que a Administração, a nível global, passou a perceber que seria interessante buscar nas normas privadas, possibilidades para alcance da eficiência, Guilherme Carvalho e Sousa<sup>4</sup> ensina que:

Historicamente, o instituto tem maior envolvimento após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados começaram a promover um ajuste fiscal por meio de corte de serviços públicos que eram até então prestados. Como consequência, tarefas que eram realizadas pelo Poder Público passaram a ser realizadas pela iniciativa privada, gerando modificações em toda a estrutura do Direito Administrativo, que havia sido desenvolvido a partir da noção de serviço público, no Século XIX.

A partir disso, podemos constatar que a busca pelo direito privado está ligada a procura por uma menor rigidez normativa e de procedimentos administrativos, a medida em que existe uma sociedade que exige do Estado uma atuação mais eficiente, que consiga atender a demanda populacional.

---

<sup>3</sup> SAZ CORDERO, Silvia Del. **Desarrollo y crisis del derecho administrativo**: su reserva constitucional. In: CHINCHILLA, Carmen. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1992. p. 101-105.

<sup>4</sup> SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**: Necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1.ed. 2016. p. 65.

O aumento da demanda social se consolidou após a metade do século passado, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, em que se atribuiu ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar a igualdade. Para isso, O Estado deveria “intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos<sup>5</sup>”. Já que a liberdade já havia sido atendida anteriormente, aquele era o momento de buscar a “igualdade”.

O que houve, então, foi a substituição do individualismo predominante do Estado Liberal, pela preocupação com o bem social comum e a realização do interesse público.

É possível, segundo o Mariano Alcázar<sup>6</sup>, que o fator chave dessa transformação seja a “passagem do Estado monoclasa para o Estado pluriclasa”, de modo que isso significa em termos de necessidade de satisfazer às demandas crescentes que se colocam perante o Estado, pela totalidade da população e não só pelas classes privilegiadas, tanto no campo social como no econômico. Além disso, passou a se falar não mais em interesse público, mas em interesses públicos, que representavam vários setores da sociedade.

Ademais, o crescimento do Estado Social foi observado com a ampliação do poder de polícia, conforme leciona Di Pietro<sup>7</sup>:

Já no período do Estado Social de Direito, com o crescimento do Estado e a extensão de suas atividades a todos os setores da vida social, o poder de polícia também experimentou notável ampliação, em dois sentidos: de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares [...] De outro lado, o Estado passou a impor obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos, distanciando-se, também sob este aspecto, da polícia tradicional, que só impunha obrigações de não fazer.

Dessa maneira, a atuação administrativa começou a passar por problemas de ineficiência na prestação dos serviços públicos, uma vez que não tinha estrutura pública suficiente para abarcar as demandas sociais que surgiam.

Diante deste quadro, a Administração Pública vem sendo obrigada a criar soluções que tornem seus serviços mais eficientes, tal como uso de normas privadas

---

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 11. ed. 2017. p.9.

<sup>6</sup> ALCAZAR, Mariano Baena del. **Curso de ciencia de la administración**. Madri: Tecnos, 1985. v.1.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 11. ed. 2017. p.12.

menos rígidas, parcerias com entes particulares, concessão de serviços públicos, entre outros, de modo a tornar a atuação menos burocrática.

Nesse contexto, as regras do direito privado podem se tornar importantes administrativamente, uma vez que trazem soluções mais ágeis, que, ao mesmo tempo, desburocratizam as atividades públicas e trazem resultados satisfatórios.

Neste mesmo sentido, o autor Marcos Caballería<sup>8</sup>, em análise ao princípio da eficiência no Direito Administrativo, constrói seu pensamento partindo da abertura do Direito Administrativo à economia. O autor sustenta que o Direito Administrativo ainda parece inconsciente dos ganhos propiciados pelo princípio da eficiência, pois ainda não notou os valores que tal princípio carrega no emprego da alocação de recursos, bem assim na eficácia dos serviços de interesses gerais.

A partir disto, podemos observar que além de um dever, a eficiência deve ser um objetivo para a Administração Pública, na medida em que os recursos investidos à sua busca serão recompensados e que a satisfação do interesse público será ainda maior, possibilitando uma capacidade de interação com os agentes privados, com os mercados e com os indivíduos de uma forma geral.

Dito isso, mais simples fica de compreender que o direito privado deve ser um aliado importante, quase indispensável, à busca da eficiência procurada pela Administração Pública, visto que atuar apenas sob as rígidas normas impostas pelo direito público pode tornar a máxima satisfação do interesse bem mais difícil de ser alcançada.

## 2.2 O USO DO DIREITO PRIVADO PELA ADMINISTRAÇÃO E O DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A possível fuga para o direito privado<sup>9</sup> ou para a própria privatização é uma tentativa de fuga ao regime jurídico administrativo, que ao mesmo tempo que impõe privilégios que os cidadãos não dispõem, implica inúmeras restrições as quais o particular não é obrigado a seguir, e limitam a Administração como, por exemplo, no caso de contratações de servidores, na realização de obras e serviços e de contratos em geral, bem como nos mecanismos de controle estatal.

---

<sup>8</sup> VAQUER CABALLERÍA, Marcos. **El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo**. Revista de Administración Pública: RAP, Madrid, n. 186, p. 91-135, sept./dic. 2011. p.106.

<sup>9</sup> A expressão “fuga para o direito privado” é utilizada por Maria João Estorninho, em “A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública”.

Essas limitações instigam a procura de normas e parcerias com o direito privado, estando presentes culturalmente nos setores do Estado brasileiro. Assim, sob a justificativa de demasiados formalismos presentes da Constituição de 1988 e a eventual ineficiência, utiliza-se de meios privados para atuar.

Ratificando esse pensamento, Di Pietro<sup>10</sup> ensina que:

Essa circunstância, aliada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, somada aos ideais do neoliberalismo, do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo. É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público.

Sendo assim, nota-se um embate entre aqueles que defendem o princípio da eficiência, seguido pela ciência administrativa, e aqueles que defendem o princípio da legalidade, determinado pelo Estado de Direito. Isto é, de um lado existem administradores que têm uma formação jurídica e administrativa fincada no estrito cumprimento do que as normas estabelecem, não tendo como objetivo a desburocratização de regras para o alcance dos objetivos estatais. Por outro lado, outros gestores têm como sua finalidade essencial a eficiência, ou seja, deixam de lado os mandamentos legais a fim de atuarem para o cumprimento dos objetivos traçados.

Esse embate de gestores (tecnocratas) e defensores do princípio da legalidade (burocratas) é também preocupação de José A. Estévez Araújo<sup>11</sup>, quando afirma que:

Após o segundo pós-guerra, verificou-se o fenômeno da presença de um componente tecnocrático cada vez maior nas Administrações Públicas. Este fenômeno é concomitante com o incremento da intervenção do Estado na esfera social e econômica. [...] A aplicação desses dois princípios pode conduzir a resultados contrapostos. A consecução eficaz de determinados objetivos exige em determinados momentos obviar as questões formais do procedimento. Ao inverso, a fidelidade às formas pode dar como resultado uma ação ineficaz. (tradução nossa)

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, Rio de Janeiro: Forense, 11. ed. 2017. p. 406.

<sup>11</sup> ARAUJO, José A. Estevez. **La crisis del principio de legalidade: la imagen jurídico-formal y la realidade material de funcionamiento de la administración**. In: Anuario de Filosofía del Derecho VII, Barcelona, 1990. p. 130.



É assim que acontece na Administração Pública nacional, os gestores buscam maneiras de atingir maior eficiência tentando fugir da burocracia decorrentes dos formalismos do regime jurídico administrativo. Uma dessas possíveis fugas é o uso do direito privado, que possui menos formalismo e confere maior liberdade ao administrador.

É neste ponto em que reside a problemática da possibilidade de deixar em segundo plano determinados institutos e formalismos estabelecidos na Constituição Federal, como a lentidão do processo legislativo, e focar na maior eficiência estatal, mesmo ultrapassando formalismos e colocando em risco tanto a segurança jurídica, como o princípio da legalidade.

Não existem dúvidas que a eficiência é um princípio que deve ser respeitado pela Administração, pois deve ser preocupação desta que os interesses públicos sejam alcançados mediante uma boa gestão dos serviços públicos. No entanto, esta eficiência não pode ser tida como absoluta e se sobrepor aos demais valores constitucionais.

Nesse sentido, os meios privados de atuação estatal são utilizados porque entende-se que o seu melhor funcionamento encontra barreira na obediência ao regime jurídico imposto. Em sentido diverso, o regime jurídico privado permite adequações que acabam por flexibilizar atuações a fim de atingir o objetivo final exigido pelo cidadão, qual seja a prestação do serviço público de forma eficiente.

Entretanto, o que não pode ser confundido é a eficiência pública administrativa com a eficiência das empresas privadas. A primeira tem suporte constitucional e carrega consigo o dever de obediência à outras regras e princípios (como o da legalidade), não podendo, assim, ter caráter absoluto. De outro lado, a eficiência de uma pessoa jurídica será determinada por regras e pelo próprio planejamento da empresa, que tem como objetivo final o lucro máximo de seu proprietário.

A ideia de dificuldade de alcance da eficiência pelos entes administrativos brasileiros e a obediência estrita dos ditames públicos é observada como um grande paradoxo do direito por Di Pietro<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, Rio de Janeiro: Forense, 11. ed. 2017. p. 408.

**Procuram-se os meios privados de atuação da Administração Pública, porque se entende que o regime jurídico a ela imposto pelo direito positivo impede seu funcionamento adequado.** Como se fala em modernização e eficiência da Administração Pública, tem-se que **deduzir que a mesma é vista hoje como antiquada, ultrapassada e ineficiente**, na consecução dos fins tutelados pelo Estado. (grifo nosso)

Nesse contexto, uma solução seria a mudança ou a inovação das regras pelas quais se constata o atraso e que acarretam a lentidão dos processos administrativos, ou seja, resolver o problema da eficiência através de um novo direito positivo ou mesmo pelo o uso do direito privado que respeitem os ditames legais públicos. Em contrapartida, não é possível a procura de formas que fiquem à margem da legalidade.

Através dessa possível mudança de atitude mediante a alteração do direito positivo, a Administração salvaguardaria todos os princípios do ordenamento jurídico, especialmente o da legalidade e da segurança jurídica, tão importantes para construção de uma sociedade que crer na atuação administração, e conseguiria eficiência seguindo os ditames legais, sem precisar desobedecer sob o pretexto da ineficiência.

Por tudo isso, é preciso ter consciência que a euforia pelo uso do regime jurídico privado não pode ser tão grande ao ponto de cegar os administradores em relação ao princípio da legalidade. É preciso entender que, como no Brasil não há jurisdição administrativa que crie direitos, se a Administração precisar gerar novas figuras contratuais, deve buscar seu fundamento no direito positivo.

### 3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública são realizados mediante contratos, os quais podem ter caráter público ou privado. Os primeiros são os chamados contratos administrativos, com prerrogativas e vantagens próprias que decorrem da supremacia do poder estatal, como é o caso, por exemplo, dos contratos de permissão de serviços públicos e da concessão do uso dos bens públicos.

Por outro lado, também é possível que a administração celebre contratos em que atue de maneira paritária com o contratante, sendo assim regida pelo Direito Civil ou Empresarial. Podemos citar os contratos de permuta e de locação como contratos da administração regidos pelo direito privado.

Na ideia clássica dos contratos civis, tem-se sua definição, segundo os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>13</sup>:

É um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Já na doutrina administrativa, aqui representada pelo autor José dos Santos Carvalho Filho<sup>14</sup>, temos que um contrato administrativo é “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Além dessa definição, a lei das licitações e contratos administrativos, a Lei 8.666/1993, preconiza em seu artigo 2º, parágrafo único, o seguinte:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a

---

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos. São Paulo: Saraiva, 3. ed. 2007. p. 11.

<sup>14</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 31ª ed. 2017. p. 178 – versão digital.

estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

A partir da análise desses conceitos, o primeiro amparado pela doutrina civilista, o segundo pela doutrina administrativa e, por último, um determinado por uma Lei Federal, podemos constatar pontos em comum que estabelecem que o contrato, seja ele privado ou público, é uma manifestação de vontade dos contratantes, a fim de regulamentar ou extinguir obrigações jurídicas.

Diante disto, são percebidas características indispensáveis de ambas as formas de contratos, que são a bilateralidade e o consensualismo. Conforme Flávio Tartuce<sup>15</sup> ensina, a bilateralidade decorre do fato de as partes contratantes serem, ao mesmo tempo, sujeitos de direitos e obrigações; já o consensualismo se estabelece pela formação de um contrato mútuo, sustentado na autonomia de vontade dos sujeitos contratuais.

Nesse contexto, é até possível questionar se o consensualismo é presente naqueles contratos públicos em que a Administração estabelece unilateralmente todas as cláusulas do negócio jurídico, possuindo natureza de um contrato de adesão. Por exemplo, no edital de convocação de uma licitação, o Ente Público faz uma oferta aos interessados, fixando todas as condições da contratação, cabendo apenas ao particular aceitar ou recusar.

Nesse sentido, o autor Carlos Roberto Gonçalves<sup>16</sup> explica que nos casos em que os negócios tiverem natureza de contratos de adesão há apenas uma restrição na autonomia da vontade, mas não uma exclusão. Vejamos:

Uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade. [...] Em razão dessa característica, alguns autores chegaram a lhe negar natureza contratual, sob o fundamento de que lhe falta a vontade de uma das partes – o que evidencia o seu caráter institucional. [...] prevalece o entendimento de que a aceitação das cláusulas, ainda que preestabelecidas, lhe assegura aquele caráter.

Como visto, a aceitação das cláusulas pré-estabelecidas no contrato não retira o caráter de autonomia da vontade, mas apenas restringe. Essa característica

---

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 550 e 551.

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 8. ed. 2011, p. 100.

apenas difere um contrato tradicional de um contrato de adesão, como são os contratos administrativos.

Superada essa questão, cabe agora ressaltar uma pequena diferença na formação dos contratos públicos e privados. Diferença esta que pode ocasionar a nulidade do contrato.

A diferença reside no fato de que a maioria dos contratos firmados entre dois particulares têm a característica da informalidade, isto é, basta o acordo de vontade para a sua formação, podendo ser até verbais. Já os contratos públicos têm a característica da formalidade, ou seja, os contratos devem ser firmados por escrito.

Vejamos o que ensina o parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/93 sobre o assunto:

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento

Desse modo, o contrato deve ser feito por escrito, sob pena de nulidade, quando for firmado sob o regime público com a Administração, salvo nos casos de pequenas compras de pronto pagamento.

Após essa análise, entendemos que não há nenhuma característica que limite a aplicação do instituto contratual apenas em um dos ramos do direito, podendo a Administração celebrar avenças públicas ou privadas, com figuras administrativas ou particulares.

Por fim, apesar de a Administração ter vantagens concedidas pela legislação, os contratos por ela firmados não podem conter abusos, devendo assim a Administração respeitar os princípios estabelecidos constitucionalmente, tais como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mesmo nos contratos regidos pelo direito privado. A diferença está no fato que nestes últimos, haverá maior discricionariedade de atuação contratual, atuando de forma razoável e proporcional, mas sempre adstrita ao ordenamento jurídico.

### 3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA EXISTÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de partir para análise das diferenças, do regime jurídico e das semelhanças entre os contratos administrativos e contratos privados realizados pela Administração, cabe ressaltar que existem três correntes doutrinárias sobre a existência dos contratos administrativos: a que nega a sua existência; a que indica que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos; e a que tem os contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com regime de direito público.

A primeira delas é aquela que nega a existência de contratos administrativos e tem como principal expoente o autor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>17</sup>. Essa corrente defende que os contratos administrativos violam a autonomia da vontade do direito privado. Alega ainda que o *pacta sunt servanda* não é respeitado pela possibilidade de alteração unilateral de uma das partes, assim como a rescisão do contrato a qualquer tempo. Assim, dispõem que as cláusulas que regulam o contrato administrativo decorrem de atos unilaterais e no que tange ao equilíbrio econômico financeiro, seria celebrado por razão de contratos privados.

A segunda é aquela que defende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos. Os doutrinadores dessa corrente, como José Roberto Dromi<sup>18</sup>, aduzem que em todos os contratos em que a Administração seja parte, estarão presentes os princípios decorrentes da supremacia do interesse público sobre o direito privado, e, portanto, sujeitos ao regime jurídico administrativo.

A terceira e última posição majoritária doutrinariamente e que será adotada neste trabalho, defende que, nas palavras de Matheus Carvalho<sup>19</sup>:

Os contratos administrativos são aqueles contratos celebrados pela Administração Pública sob o regime de direito público, com prerrogativas e vantagens decorrentes da supremacia estatal. Sendo assim, a Administração Pública pode celebrar contratos regidos pelo direito privado, como locação, permuta e compra e venda, quando então atuaria sem prerrogativas em face do particular contratado, com a regência do Direito Civil.

---

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. 2007, p. 684.

<sup>18</sup> DROMI, José Roberto. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 339 – versão digital.

<sup>19</sup> CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. 2015, p. 523.

Como podemos constatar, é indiscutível a existência dos chamados contratos administrativos com características próprias que os distinguem dos contratos de direito privado.

### 3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

A distinção dos contratos administrativos e contratos privados realizados pela Administração não é tão simples de se fazer, uma vez que estes últimos têm “regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público”, nas palavras da professora Maria Sylvia Di Pietro<sup>20</sup>.

É necessário, então, encontrar algum elemento ou característica que identifique um contrato privado administrativo e o diferencie dos contratos publicistas.

Maria João Estorninho<sup>21</sup> buscou alguns critérios adotados pela doutrina para a distinção dos contratos ora analisados, como os critérios substantivos (sujeitos, fim e objeto) e formais (regime jurídico e garantia), para concluir que:

A dificuldade enfrentada pela doutrina, ao longo de perto de cem anos, em encontrar o critério perfeito de autonomização do contrato administrativo resultou, na minha opinião, do facto de esse critério único não passar de um ‘mito’, insusceptível de ser encontrado na realidade.

No mesmo sentido, os autores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos<sup>22</sup> defendem a ideia da seguinte forma:

Os critérios mais significativos, à luz da sua importância histórica ou actual, são o da taxatividade legal, o da natureza dos sujeitos, o das cláusulas de sujeição, o do regime de sujeição, o do direito estatutário, o do objecto, o do ambiente de direito administrativo e o do fim. Nenhum destes critérios se apresenta como integralmente satisfatório do ponto de vista científico.

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 343 – versão digital.

<sup>21</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 183.

<sup>22</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; DE MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos: direito administrativo geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2008, t.3, p. 23-24.

Podemos então perceber que apenas um critério pode não ser suficiente para diferenciação entre esses contratos, sendo que agrupá-los de acordo com o elemento do contrato é uma alternativa, de modo que sua combinação e nos seus pontos em comum se contrariam aos contratos administrativos, e, por exclusão, os contratos privados da Administração.

No contexto contratual, podem ser analisadas duas vertentes, a primeira é a questão das sujeições impostas à Administração, e a segunda são as prerrogativas que a Administração tem a seu favor.

Quanto às sujeições obrigatórias aos contratos administrativos, não diferem muito dos contratos de direito privado, uma vez que eles devem obedecer às exigências formais, de procedimento, de finalidade e de competência, vejamos.

No que tange à forma, todos os contratos da Administração devem ser escritos, com exceção somente dos contratos de pequeno valor e pagamento imediato, os quais podem ser feitos verbalmente, de acordo com o art. 60, parágrafo único da lei das licitações e contratos administrativos.

Com relação ao procedimento, também não há grandes diferenças entre os contratos administrativos e os privados realizados pela Administração, visto que todos eles estão sujeitos à observância de requisitos legais para a sua validade, como, por exemplo, a autorização legislativa (quando necessária), o processo licitatório, a motivação, a indicação das despesas orçamentárias e aprovação pelos Tribunais de Contas, assim como a publicação.

Quanto à finalidade, essa há sempre de ser pública, sob pena de desvio de finalidade, tanto nos contratos administrativos como naqueles privados realizados pela administração. E, por fim, a competência também é igual nos referidos contratos, já que toda competência é estabelecida legalmente.

Por outro lado, quando analisadas as prerrogativas, as distinções são facilmente notadas, especialmente pela presença das cláusulas exorbitantes.

Essas cláusulas não são comuns em todos os contratos e, em alguns casos, podem até mesmo tornar determinado contrato privado nulo, pelo fato de assegurarem privilégios de um dos contratantes sobre o outro.

De acordo com o ensinamento da autora Maria Sylvia Di Pietro<sup>23</sup> sobre as cláusulas exorbitantes:

---

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 344 – versão digital.



Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam ilícitas, nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que preveem aplicação de penalidades administrativas, retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário.

Percebemos, então, que até pode existir cláusula exorbitante em um contrato de direito privado firmado pela Administração, no entanto, esta cláusula deverá ser estipulada em conjunto pelas partes e não poderá assegurar o poder de império que é clássico dos contratos regidos pelo direito público.

Quando a Administração celebra os contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes estão presentes ainda que implicitamente, não sendo necessário que estejam previstas expressamente, pois elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Estado a fim de garantir o interesse público.

De outra forma, quando a Administração realiza contratos privados, ela se encontra numa posição de paridade com o particular, de modo que as cláusulas exorbitantes não são implícitas. Se forem necessárias, essas cláusulas podem até constar no contrato, mas terão de ser feitas expressamente.

Nesse contexto, as cláusulas exorbitantes fazem com que o contrato administrativo tenha a característica de verticalidade, isto é, a Administração tem muito mais privilégios que o particular contratante, de modo que não existe paridade de forças na relação.

Outro importante ponto de distinção é o objeto contratual, o qual deve observar as cláusulas contratuais e o que estas pretender regular. Caso regulem avença característica de direito público, o contrato será público, caso as cláusulas regulem atividade privada, o contrato será de direito privado.

Para concluir, mais uma vez tomamos por base os ensinamentos da autoria Di Pietro<sup>24</sup>, que ensina:

---

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 345 – versão digital.

O que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. Nesses casos, é patente a desigualdade entre as partes: o particular visa à consecução de seu interesse individual; a Administração objetiva o atendimento do interesse geral.

Ao contrário, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado.

Desse modo, quando o interesse decorrente do contrato essencial para toda a sociedade, a Administração deverá agir com seu poder de império para a satisfação do interesse público, o que só poderá ser atingido com o regime jurídico administrativo. Em sentido diverso, quando o interesse for da sociedade apenas de forma indireta, o contrato firmado pela Administração poderá ser regido por normas do direito privado.

### 3.3 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A atuação administrativa está vinculada às normas de direito público, quais sejam, às normas constitucionais e à legislação correspondente, as quais estabelecem princípios que não podem ser descumpridos pela Administração, especialmente legalidade estrita e a supremacia do interesse público. Assim, a atuação administrativa só poderá ocorrer nos casos em que a legislação autorize, de acordo com interesse público.

Os contratos administrativos regidos pelo direito público, apesar de terem a mesma origem dos contratos privados, qual seja, a Teoria Geral do Direito, possuem algumas peculiaridades determinadas pela lei das licitações e contratos administrativos. Por exemplo, nos contratos regidos pelo direito público há menor possibilidade de negociação das cláusulas contratuais, ao contrário do que ocorre nos contratos do campo privado.

O que ocorre nessa modalidade de contrato é que, como a Administração se põe numa posição de superioridade destinada ao interesse público, ela mesmo elabora as cláusulas e o contratante opta por aceitá-las ou não. Geralmente, manifesta sua vontade participando do processo licitatório, momento em que antecede a eventual contratação.

No que tange aos contratos, aos seus regimes jurídicos e sua influência recíproca, Di Pietro<sup>25</sup> propôs uma classificação, dividindo em duas modalidades. Segundo a autora:

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a locação, o comodato, regidos pelo Direito Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se:
  - a) os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
  - b) **os que têm paralelo do direito privado**, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Como visto, nem sempre é simples a distinção entre o regime jurídico entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, visto que estes últimos poderão ter regime de “parcialmente derogado pelo direito público”, conforme ensina a autora, e isto faz com que algumas características públicas venham a aparecer.

Em outra obra de sua autoria, Di Pietro<sup>26</sup> explicou as diferenças advindas a partir dessas modalidades, ensinando que:

Nas relações de direito público, os privilégios e prerrogativas se presumem, independentemente de previsão legal, porque são inerentes à autoridade de que se reveste a Administração Pública, no exercício de funções consideradas essenciais; nas relações de direito privado o que se presume, no silêncio da lei, é a igualdade de posição; os desvios ao direito comum são apenas os expressamente previstos na lei.

Concordamos com a autora e, a partir disso, podemos interpretar que mesmos nos modelos privados de contrato, não há como acabar com a possibilidade de a Administração se utilizar de prerrogativas que lhe são próprias, uma vez que a posição desta não poderá ser igualada à do particular, pois o poder superior estatal é assim demonstrado.

Em posição doutrinária diversa, Vladimir da Rocha França<sup>27</sup> defende que:

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 290 – versão digital

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 92.

Nem todos os contratos de direito privado da Administração admitem cláusulas exorbitantes. Os contratos civis, mercantis e de trabalho firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista não devem prever a essas entidades prerrogativas estranhas àquelas previstas para os particulares em geral.

A posição do presente trabalho diverge dessa última corrente, visto que não deve existir restrição na possibilidade de uso das prerrogativas estatais do direito público, pois estas devem ser utilizadas na busca do interesse público. Este pensamento, contudo, não pode ser interpretado de maneira muito abrangente ao ponto que o contratado particular não tenha que ter seus direitos salvaguardados.

Os particulares têm para si a oportunidade de consultar as cláusulas contratuais em momento anterior a assinatura do contrato e até mesmo ao processo licitatório, o que implica dizer que, caso concorde e assine, assumirá os deveres e direitos ali impostos. Vale ressaltar aqui, a proteção ao contratado quanto à manutenção no equilíbrio econômico financeiro do contrato, que está preconizado na lei 8.666/93, a qual deverá ser mantida nos casos de alteração unilateral.

### **3.3.1 Prerrogativas inerentes à Administração Pública e a possibilidade de flexibilização do *pacta sunt servanda***

Como dito no tópico anterior, o regime jurídico administrativo tem influência recíproca com o direito privado, de modo que nenhum contrato será totalmente público ou privado.

No entanto, o poder Estatal é comprovado através de certas prerrogativas que são inerentes à atuação administrativa. Assim, é válida nos contratos administrativos a inserção das chamadas cláusulas exorbitantes, devido a superioridade administrativa, na medida da busca do interesse público.

Os incisos do art. 58 da lei 8.666/93 elenca quais são as cláusulas exorbitantes, vejamos:

---

<sup>27</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 7, 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 04 set. 2018. p. 10.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - **modificá-los, unilateralmente**, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - **rescindi-los, unilateralmente**, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - **fiscalizar-lhes a execução**;

IV - **aplicar sanções** motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, **ocupar provisoriamente** bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. (grifo nosso)

Não cabe aqui analisar todos os incisos do referido art. 58 da Lei 8.666/93, uma vez que a explanação seria cansativa e longa, e não é o foco deste trabalho. Dito isto, nos cabe então analisar o uso e o papel que estas cláusulas detêm, tanto nos contratos administrativos, como nos privados, e se seu uso é realmente legal ou abre espaço para abuso de direito do contratante que impõe.

Acerca da legalidade do uso das cláusulas exorbitante nos contratos privados, é possível encontrar dois posicionamentos distintos de clássicos doutrinadores do direito administrativo brasileiro: Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Di Pietro.

Segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>, a prerrogativa do uso da cláusula exorbitante no contrato regido pelo direito privado não será lícita, uma vez que o contrato privado pressupõe grau de paridade entre dois contratantes e, assim, inadmissíveis seriam estas cláusulas pela vantagem excessiva que conferem a uma das partes (a Administração), vejamos:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum, para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes da execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 213.

Diferente desse posicionamento de Hely Lopes, Di Pietro<sup>29</sup> defende que as cláusulas exorbitantes podem ser usadas nos contratos de direito privado, desde que previamente estipuladas pelos contratantes, vejamos:

Muitas das cláusulas exorbitantes são passíveis também nos contratos de direito privado, bastando, para isso, que as partes, de comum acordo, as estipulem; isto em decorrência do princípio da autonomia da vontade, que informa o regime contratual privado.

A partir disso, nos inclinamos a concordar com esta última autora, principalmente baseado no princípio da autonomia da vontade que rege o direito civil, e que permite que as cláusulas sejam negociadas, aceitas ou recusadas, desde que não imponham obrigações desarrazoadas e desde que sejam usadas em situações excepcionais.

Importante frisar que as cláusulas exorbitantes que eventualmente sejam impostas aos particulares nos contratos privados devem ser objeto de verificação de abuso de poder, pela ausência de nivelamento contratual, o qual deve prevalecer nas avenças privadas.

Nesse sentido, as cláusulas exorbitantes poderão ser utilizadas quando a situação prática comprovar a necessidade do uso, isto é, quando existir interesse público e sua motivação for evidente. O particular não vai ser pego de surpresa com eventual uso, uma vez que há tanto previsão legislativa, como cláusula contratual firmada. Existirão, ainda, cláusulas que compensem de alguma forma o particular, mantendo a natureza contratual no instrumento, com a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, assim como do interesse privado.

Como observamos ao longo do estudo dos contratos, a aproximação entre o regime jurídico público e privado não impede o uso das cláusulas exorbitantes, importantes para a preservação do interesse do interesse público. No entanto, deve-se ter atenção à utilização inadequada destas cláusulas, o que pode acarretar na anulação do contrato.

Nesse contexto, nota-se que o *pacta sunt servanda*, instituto que rege os contratos de forma geral, poderá ser mitigado tanto naqueles firmados em regime privado como no público, não possuindo caráter absoluto no direito atual.

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da aplicação do direito privado no direito administrativo**, 1998. Tese (Livre Docência) – Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988. p. 167 e ss.

O *pacta sunt servanda* prevê o cumprimento obrigatório do que foi estipulado no contrato e existe para conferir segurança ao sistema jurídico. Este princípio vem sendo mitigado com a previsão de novos institutos, especialmente com o Código Civil atual, que preconizou, entre outros, os princípios da boa fé objetiva e da função social dos contratos.

Os contratos administrativos, os quais podem se utilizar das normas civis de maneira subsidiária, também devem atender a estes princípios, de modo que atualmente é dado muito mais importância à conduta leal dos contratantes, gerando violação contratual o desrespeito a estes princípios éticos.

O autor Flávio Tartuce<sup>30</sup> explica precisamente a mitigação do *pacta sunt servanda*, ensinando que:

[...] a realidade jurídica e fática do mundo capitalista e pós-moderno não possibilita mais a *concepção estanque do contrato*. O mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos e a manipulação dos meios de marketing geraram um grande impacto no Direito Contratual. [...]. **Certo é, portanto, que o princípio da força obrigatória do contrato não tem mais encontrado a predominância e a prevalência que exercia no passado. O princípio em questão está, portanto, mitigado ou relativizado.** (grifo nosso).

Essa tendência serve para os contratos de uma maneira geral, de modo que o princípio *pacta sunt servanda* não é absoluto no contrato privado ou no contrato administrativo. Pode-se concordar, de qualquer modo, que nos contratos administrativos a mitigação é mais clara, em decorrência da previsão legal que prevê a mutabilidade, permitindo à Administração fazer modificações unilateralmente, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, de modo que não seria ideal a Administração firmar contratos com cláusulas inalteráveis.

### 3.4 TRAÇOS DE INFLUÊNCIA DO DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Algumas normas e princípios do direito privado estão, indiscutivelmente, presentes nos contratos administrativos, tendo, inclusive, previsão na Lei 8.666/93,

---

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 578-579.

em seu art. 54, o qual estabelece que “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Além disso, o surgimento do novo Código Civil de 2002, que trouxe consigo forte carga principiológica, baseando-se na eticidade, sociabilidade e operabilidade das relações privadas, trouxe à tona o uso especialmente da boa-fé e da função social dos contratos.

O uso destes princípios não se restringiu aos contratos privados, sendo utilizados também nos contratos públicos, podendo ser considerados como fortes influências do direito privado para resolução de conflitos em que o Estado se faz presente, como analisado a seguir.

O princípio da boa-fé pode ser entendido como a busca por uma conduta ética, de proceder com dignidade, honestidade e correção, no intuito de não prejudicar o outro contratante. Esse princípio não se limita ao âmbito privado, devendo também está presente no âmbito público, uma vez que nas relações com o Estado a ética é um padrão de conduta esperado por ambos os contratantes, em qualquer ambiente contratual.

Nesse sentido, ensina o autor Kleber Luiz Zanchim<sup>31</sup> que “nas relações com o Estado, por conceito, tal padrão (da boa-fé) deveria estar no nível mais elevado possível. O Poder Público deveria ser um exemplo de ética fundada em valores do mais alto refinamento”.

E só poderia ser dessa forma, visto que a ausência de boa-fé aumentaria o risco do negócio para o particular, ocasionado uma desconfiança do contratante ao ponto de esperar que os administradores atuassem de má-fé. Nesse caso, a tendência seria até mesmo passar a cobrar mais caro do que cobriam em uma relação privada que tivessem garantia da atuação de boa-fé.

Nesse contexto, os órgãos julgadores no país vêm colocando em prática a aplicação desse princípio a fim de decidir importantes litígios entre entes da Administração e os particulares, como foi decidido pelo Superior Tribunal de

---

<sup>31</sup> ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016. p.44-45



Justiça<sup>32</sup> em um caso envolvendo uma empresa particular e a Caixa Econômica Federal, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS LOTÉRICOS. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. RESCISÃO UNILATERAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS GASTOS DE INSTALAÇÃO DA CASA LOTÉRICA. EXISTÊNCIA DE INVESTIMENTO VULTOSO PARA CONCRETIZAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DANOS MATERIAIS. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE LAUDOPERICIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO. 1. No caso dos autos, a empresa Magic Numbers Comercial e Serviços Ltda, ora recorrida, ajuizou ação ordinária de natureza indenizatória (material e moral) contra a Caixa Econômica Federal, em razão da rescisão não motivada do contrato de permissão de serviços lotéricos. Por ocasião da sentença, o pedido foi julgado improcedente (e-STJ fls. 270/273), o que foi reformado em sede de apelação pelo Tribunal de origem, que reconheceu a procedência parcial do pedido indenizatório por danos materiais, mas afastou a existência de danos morais. A CEF interpôs recurso especial no qual sustenta negativa de vigência aos arts. 333, I, e 535 do Código de Processo Civil, 2º, VI, e 40 da Lei 8.987/95. 2. Não há falar em violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. Além disso, a Corte a quo expressamente analisou nos embargos declaratórios a questão relacionada à natureza precária do ato de permissão e a falta de provas hábeis a ensejar qualquer reparação (e-STJ fls. 328/330), tópicos apontados como omissos pela recorrente. 3. A análise do acórdão recorrido permite asseverar que o Tribunal de origem firmou as seguintes conclusões: a) a permissão de serviço público é dotada de caráter discricionário e precário, o que permite a revogação em razão de interesse público, sem ensejar indenização; b) em casos específicos, nas hipóteses que o permissionário realizar investimento de vulto para a exploração do serviço delegado, é possível o reconhecimento do direito à indenização pelos referidos gastos; c) a Caixa Econômica Federal realizou a rescisão unilateral da permissão sem oportunizar defesa ao permissionário, tampouco indicou motivos relevantes para justificar a medida ou atos ensejadores de descumprimento dos termos do contrato formado entre as partes; d) o laudo pericial produzido nos autos concluiu pela existência de valores expressivos gastos para a instalação e manutenção da casa lotérica na qual

<sup>32</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.113 - RJ (2007/0292605-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **JusBrasil**. Disponível em: <  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21064443/recurso-especial-resp-1021113-rj-2007-0292605-9-stj/inteiro-teor-21064444?ref=juris-tabs>> Acesso em: 13 nov. 2018.

seriam prestados os serviços objeto da permissão; e) não há falar em indenização de dano moral da pessoa jurídica, por se tratar a rescisão da permissão em mero dissabor da vida cotidiana; f) a indenização deve se restringir "tão-somente, aos gastos com a instalação e manutenção pela Autora da casa lotérica destinada à prestação do serviço objeto da permissão", cujo exatos valores serão apurados em liquidação de sentença. 4. Efetivamente, a permissão de serviços lotéricos é caracterizada pela discricionariedade, unilateralidade e precariedade, o que autorizaria a rescisão unilateral pelo poder permissionário. Nesse sentido: REsp 705.088/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.12.2006; REsp 821.039/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 31.8.2006. 5. Entretanto, em hipóteses específicas, como o caso dos autos, é lícito o reconhecimento ao direito à indenização por danos materiais. É incontroverso nos autos que o permissionário realizou significativo investimento para a instalação do próprio empreendimento destinado à execução do serviço público delegado, inclusive mediante atesto de padronização do poder concedente. Todavia, após poucos meses do início da atividade delegada, a Caixa Econômica Federal rescindiu unilateralmente a permissão, sem qualquer justificativa ou indicação de descumprimento contratual pelo permissionário. Assim, no caso concreto, a rescisão por ato unilateral da Administração Pública impõe ao contratante a obrigação de indenizar pelos danos materiais relacionados à instalação da casa lotérica. 6. É manifesto que a análise da pretensão recursal, no tocante à comprovação do recorrido dos prejuízos sofridos aptos a justificar indenização por danos materiais, os quais foram expressamente reconhecidos no acórdão recorrido em razão de prova pericial, com a consequente reversão do entendimento do acórdão recorrido, exige, necessariamente, o reexame de matéria fática probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

Como visto, mesmo tendo sido reconhecida a precariedade do contrato entre a empresa e a Caixa Econômica Federal, a extinção do contrato gerou o dever de indenização, porque, segundo o voto do ministro relator Mauro Campbell Marques<sup>33</sup>:

Sob a perspectiva do **Direito Administrativo Consensual, os particulares que travam contratos com a Administração Pública devem ser vistos como parceiros, devendo o princípio da boa-fé objetiva** (e seus corolários relativos à tutela da legítima expectativa) **reger as relações entre os contratantes público e privado.** (grifo nosso)

<sup>33</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.113 - RJ (2007/0292605-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **JusBrasil**. Disponível em: <  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21064443/recurso-especial-resp-1021113-rj-2007-0292605-9-stj/inteiro-teor-21064444?ref=juris-tabs>> Acesso em: 13 nov. 2018.

Desse modo, pode-se dizer que a boa-fé também deve ser interpretada a luz do direito público e, segundo o próprio ministro relator do caso acima mencionado, nem mesmo as prerrogativas exorbitantes da Administração Pública podem prevalecer, de modo a não afastar as regras privadas das relações jurídicas públicas.

Além do princípio da boa-fé, a função social dos contratos, que um dos temas mais relevantes e debatidos do Código Civil de 2002, se mostra influente nos negócios jurídicos realizadas pela Administração Pública.

O artigo que disciplina o princípio em questão é o art. 421 do Código Civil, se limitando a dizer que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Pode-se entender que a função social, segundo Flávio Tartuce<sup>34</sup>:

[...] deve ser visualizada com o sentido de finalidade coletiva, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções. [...] Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda.

Assim, a função social corresponde ao objeto prático pretendido pelos contratantes, devendo a conduta de ambos estar pautada na busca pela concretização do negócio jurídico.

Não é diferente nos contratos no âmbito público, e assim vem sendo decidido pelas cortes do país. Vejamos um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>35</sup>:

**APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA DO DIREITO DE REVERSÃO**  
- Contrato de doação com encargos de imóvel público para fins de implantação de estabelecimento comercial - Finalidade de desenvolvimento econômico da região - Atraso na implementação das condições pactuadas - Reconhecimento pela Municipalidade da perda superveniente do objeto da demanda por cumprimento do pactuado - **Interesse público no cumprimento do contrato e dos**

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 571.

<sup>35</sup> TJ-SP. APELAÇÃO: APL 0000777-09.2012.8.26.0246 SP 0000777-09.2012.8.26.0246. Relator: Des. Maurício Fiorito. DJ: 18/11/2014. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152724225/apelacao-apl-7770920128260246-sp-0000777-0920128260246> > Acesso em: 13 nov. 2018.

**objetivos sociais e econômicos almejados** - Extinção do feito, sem resolução de mérito - **Manutenção do pacto com base nos princípios da função social dos contratos e do interesse público** - **Aplicação analógica das regras do Direito Civil** - Inteligência do Art. 5º, da LINDB - Sentença mantida - Recurso improvido. (grifo nosso)

Como se pode observar, houve a aplicação analógica das regras do Direito Civil em um litígio envolvendo um Município e uma empresa particular. O que ocorreu foi a flexibilização dos termos da avença inicial mediante a aplicação da função social dos contratos, a fim de que fosse alcançado o objeto da pretensão contratual.

Destarte, não é difícil observar que é possível flexibilizar os contratos administrativos mediante a aplicação de institutos advindos do direito civil quando o caso concreto requisitar. A rigidez do contrato público pode ser deixada de lado a fim do cumprimento da pretensão inicial, que é o objetivo principal dos contratantes.

Foi possível observar, então, a aplicação de princípios de cunho privatista nas relações contratuais entre a Administração Pública e os particulares. No entanto, existem outras maneiras do direito privado se relacionar harmonicamente com o direito público, especialmente no que tange às espécies de contratos firmados entre particulares e os entes estatais.

Serão analisadas, assim, espécies contratuais que apresentam grande ou pouca influência de regras privadas. Como exemplo, temos que em um contrato regido pela lei 8.666/93, a interferência estatal é maior, já que a Administração comanda o contrato de forma praticamente unilateral, ensejando pequena influência do contratante privado. De outro lado, é possível observar as Parcerias Público Privadas (PPP's), as quais ensejam o compartilhando de investimentos e de risco, o que naturalmente vai implicar em uma maior influência privada.

Observando isso, analisaremos em que intensidade e como o direito privado tem o poder de influenciar e determinar a relação dentro alguns dos contratos mais importantes do Direito Administrativo.

Inicialmente, essa análise será feita com o contrato licitatório, em seguida, se passará para análise do contrato de concessão de serviço público e, por fim, será analisado o contrato das PPP's.

### **A) Nos contratos da Lei de Licitações e do Regime Diferenciado de Contratações (RDC):**

O papel da Administração Pública nos contratos regidos pela Lei 8.666/93 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos) é de conduzir de forma absoluta a relação contratual que se forma com o contratado, uma vez que é a própria Administração que define todas as características do serviço, produto ou obra e ainda determina o preço.

A própria lei, no §2º do art.7, determina que os serviços e obras somente poderão ser licitados quando: houver projeto básico aprovado pela autoridade competente; existir os recursos orçamentários detalhados em planilha; e quando o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas pelo Plano Plurianual. Neste contexto, fácil perceber que todo o contrato é preparado pela Administração, cabendo ao particular participar ou não do procedimento licitatório e da futura contratação.

A consequência para a Administração dessa condução absoluta é a assunção completa dos riscos advindos da contratação, e é por essa razão que normas formas de contratos vêm sendo mais utilizados, como a do Regime Diferenciado de Contratações.

Pelo fato do Poder Público assumir consequências tão grandes nos contratos licitatórios da Lei 8.666/93, os litígios são inevitáveis, já que as falhas também são e é o ente estatal que assume as responsabilidades por elas.

Assim, os litígios podem ter suas razões desde a formação do processo licitatório e acompanham toda a fase de execução da obra ou do serviço. As causas mais comuns são as obras de má qualidade, que acabam em abandono da obra e a consequente judicialização.

Em algumas situações, por incapacidade de gestão ou técnica, ou pela própria burocracia, a Administração tem dificuldades de gerir contratações mais complexas, e acabam com a inevitável falta de comprometimento daqueles que estão executando a obra, por serem mal geridos e mal pagos.

Como houve crescimento do cenário de obras inacabadas, prejuízos orçamentários e responsabilização dos gestores públicos, assim como pela necessidade de mudança devido às obras dos eventos esportivos que iriam acontecer no Brasil, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, foi criada, no ano de 2011, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC),

cujo objetivo de criação não foi substituir a Lei 8.666/93, mas para ser usada em obras públicas estratégicas.

A mencionada lei teve o propósito de alterar o balanço dos riscos contratuais, conferindo maior responsabilidade para o particular contratado, bem como simplificou o teor do projeto básico, que dependia demasiadamente de detalhes em planilhas de informações. Não que as informações devam estar ausentes, mas é considerado um avanço sua simplificação.

Apesar dessas alterações, o art. 39 da lei do RDC determinou a utilização da Lei 8.666/93 de maneira subsidiária, da forma que quando houver ausência de regras específicas da lei, a lei geral dos contratos administrativos deve ser utilizada.

Como visto, o RDC abarca maior possibilidade de interação com o direito privado, inclusive na resolução de litígios, como a arbitragem e mediação. Nesse sentido, o autor Kleber Luiz Zanchim<sup>36</sup> ensina:

Nos contratos administrativos (ilustrados por Lei nº 8.666/93 e RDC), o Estado projeta e gasta, cabendo ao privado simplesmente entregar-lhe, no menor prazo possível, determinada utilidade. Quanto mais rápido o contrato for concluído, melhor para os contratantes. [...] Se os projetos básico e executivo forem eficientes, a Administração Pública pode até capturar economias resultantes da utilização de menos itens na obra ou serviço

Sendo assim, conclui-se que esta forma de contrato administrativo ainda é predominantemente pública, e assim tem de ser. No entanto, mecanismos privados estão sendo introduzidos aos poucos, a fim de preencher lacunas que facilitam a contratação e andamento de obras e serviços, assim como na resolução de conflitos entre a Administração e o particular, visto que o direito privado permite maior flexibilização das normas e de suas interpretações, fomentando uma aproximação de paridade de forças.

## **B) Nos contratos de concessão:**

Nesta segunda espécie de contrato, a análise será feita a partir da modalidade estabelecida na Lei 8.987/95, cuja criação se deu a partir do reconhecimento de que a Administração não poderia ser capaz de estar no comando de forma eficiente de todos os serviços e obras públicas.

---

<sup>36</sup> ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016. p. 82-83.

Aqui, o particular passaria a comandar o negócio por sua própria conta em risco, passando à Administração o dever de fazer a fiscalização e o controle dos preços tarifários, prevalecendo, evidentemente, o direito privado sobre o direito público.

Nesse contexto, a Lei 8.987/95 é muito clara quando determina, nos incisos do seu art. 2º que:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: **a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (grifo nosso)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Assim, percebe-se que o serviço público será delegado pelo ente federativo a determinada pessoa jurídica, que tomará o serviço a seu próprio risco e que, conseqüentemente, o direito privado será a principal referência contratual.

Com efeito, o direito público atuará de forma secundária, cabendo à Administração Pública a função de fiscalização do serviço, bem como de atuação junto à pessoa jurídica para atender aos interesses da população, tanto no que tange aos preços das tarifas, como para atender certos princípios elencados na lei, como a atualização, cortesia e eficiência (princípios básicos estabelecidos na Lei 8.987/95).

Apenas caberá à Administração intervir de forma excepcional, quando a lei determinar, como ocorre nos artigos 32 e 35, vejamos:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

É possível notar que a aplicação do direito privado se sobrepõe ao direito público, ficando este em segundo plano na medida em que a Administração interferirá somente nos casos de extinção ou de intervenção, em que tomará a frente do serviço para averiguar possíveis erros, desvios de finalidade ou qualquer situação que coloque em cheque a probidade do responsável.

Neste sentido, o particular fica à frente do serviço, de modo que deve administrá-lo, tendo a possibilidade inclusive de realizar o projeto básico e a partir daí investirá os recursos necessários à execução da obra e a manutenção do serviço, cabendo a ele os lucros ou os prejuízos advindos da atividade.

Uma peculiaridade na concessão é que, além de executar e manter o serviço, é importante que o particular tenha habilidade de negociação com a Administração, visto que não serão raros conflitos entre o que a pessoa jurídica deseja e o que é melhor para a sociedade, especialmente no que se refere a modicidade das tarifas. Aqui, observa-se o caráter bilateral característico dos contratos em geral, mas especialmente do contrato privado, que preza pela discussão do objeto contratual a fim de um bem comum.

Neste contexto, a diferença entre o contrato entre duas pessoas particulares e o contrato de concessão reside no ponto que o interesse comum será aquele que atenderá ao interesse público, desde que não haja prejuízo para a parte contratante.

Caberá à Administração, então, intermediar os interesses sociais e os preços junto à empresa, uma vez que, nem a população pode pagar caro por um serviço, nem o particular quer ter prejuízo. É neste momento que a maioria dos conflitos nesta espécie de contrato ocorre, pois a Administração tenta impor investimentos antes não programados para satisfazer a demanda da população ou



para justificar as altas nos preços tarifários, desrespeitando o equilíbrio financeiro inicialmente pactuado.

Como visto, a lógica do interesse público deve ser balanceada com a atividade inerente do setor privado, interferindo decisivamente o direito privado para que a avença seja cumprida de modo saudável e satisfatório para ambos e para a sociedade.

### **C) Nos contratos de Parceria Público Privada (PPP's):**

Esta modalidade contratual é tida como moderna e está sendo utilizada amplamente pela Administração Pública para realização de parcerias em construção de obras e realização de serviços públicos.

As PPP's se caracterizam por arrecadarem tanto recursos públicos como privados, isto é, estão, ao mesmo tempo, longe das características de uma concessão (que aloca mais recursos privados) e dos contratos da lei 8.666/93 (que aloca mais recursos públicos), de modo que o objetivo é repartir os riscos assumidos com a obra ou serviço e as responsabilidades deles advindo, possibilitando a busca de uma relação saudável entre os contratantes, uma vez que o sucesso de um será o do outro.

Desse modo, nota-se que a presença do direito público no contrato é configurada à medida que a Administração investe recursos e assume riscos no serviço ou obra, o que importam a necessidade de vinculação orçamentária e financeira.

Já a presença do direito privado será caracterizada pela contratação da pessoa jurídica que, além de investir recursos, normalmente conduzirá a obra ou serviço tendo que proceder com a realização do projeto, bem como administrar seu capital de modo eficiente a fim de conseguir lucros para si.

Neste contexto, a própria lei das PPP's, Lei nº 11.079/04, determina o vínculo próximo do âmbito público e privado, preconizando que as cláusulas contratuais irão prever as penalidades aplicáveis ao Estado e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do

parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia, entre outras.

São especialmente essas regras que se aproximam muito do direito privado e possibilitam a participação de particulares através de parcerias com a Administração, uma vez que garantem a partilha de riscos e paridade de forças, ensejando risco para ambas as partes e não apenas para o particular.

Analisando o tema das PPP's, o autor Kleber Luiz Zanchim<sup>37</sup> observa precisamente que:

O modelo mental estatizante, calçado no rigor cego da lei e na primazia do interesse público, não tem lugar nas PPPs. Assim, para a disseminação desta figura jurídica, o Estado terá de buscar o equilíbrio entre ser um centro de exercício de poder e um player de mercado. Será ao mesmo tempo regulador e regulado. Investidor e *controller* do investimento. Parte obrigada ao cumprimento de determinada obrigação e julgador sobre o adequado adimplemento do contrato. E, por fim, aplicador e, simultaneamente, sujeito, tanto do Direito Público quando do Direito Privado.

O que se precisa extrair desse contrato é o fato de que a Administração não é maior que o privado e que seus poderes estarão limitados dentro do instrumento avençado, partilhando todos os riscos e investimentos, característica eminentemente privada.

Assim, a paridade de forças não será sempre prefixada, isto é, não há como afirmar que tal contrato tem regime jurídico de direito público ou privado, na medida em que se deve analisar o papel de cada contratante na avença. Quanto mais pender para a Administração, mais se aproximará do direito público. Caso contrário, inclinar-se-á para o direito privado.

---

<sup>37</sup> ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016. p. 84-85.

#### 4 EMPRESAS ESTATAIS E O REGIME JURÍDICO HÍBRIDO

A Administração Indireta surge a partir da descentralização e repartição de competência entre as pessoas físicas e jurídicas, advinda da necessidade de especialização dos serviços públicos, podendo o Estado dividir a responsabilidade das atividades inerentes à sua atuação.

As empresas estatais, divididas em empresas públicas e sociedades de economia mista, que compõem a Administração Indireta, serão instrumentos de ação estatal que possibilitarão a execução de alguma atividade de seu interesse com maior flexibilização de atuação e menor burocracia, já que estarão desvinculadas de alguns entraves característicos das pessoas jurídicas de direito público.

Neste contexto, a descentralização administrativa propõe a criação de empresas estatais dotadas de personalidade jurídica própria do direito privado, com capacidade de autoadministração e capacidade de gerir as próprias demandas, de acordo com as normas legais.

Podemos dizer, assim, que o Estado, autorizados por lei específica, cria as empresas públicas e as sociedades de economia mista para a prestação dos serviços públicos ou a exploração de atividade econômica, as quais serão regidas pelo direito privado, mas que estarão também limitadas as regras inerentes ao direito público.

A criação dessas empresas visa a divisão da responsabilidade da Administração Direta e a consequente possibilidade de maior eficiência para satisfação do interesse público a partir da desvinculação parcial de normas do direito público que as aproximarão de uma empresa privada, a qual se torna viável devido à algumas características das empresas estatais, quais sejam: **personalidade jurídica própria**, isto é, não se confundem com os entes da administração direta que a criou, sendo titular de direitos e obrigações, assim como patrimônio próprio e capacidade de autoadministração que permita atuação independente. Esta primeira característica torna-se fundamental para que, por exemplo, em processos contra as empresas, estas possam estar no polo da demanda, não sobrecarregando o ente federativo que as criaram; **finalidade pública**: a empresa já é criada com sua finalidade especificada na lei, não podendo exercer finalidade diferente; **controle ou**

**supervisão ministerial:** estas empresas estão sujeitas ao controle da Administração Direta à qual são vinculadas, sendo este um controle de finalístico e de legalidade.

Neste sentido, estas características estão presentes nas entidades da Administração Indireta para, segundo a doutrinadora Fernanda Marinela<sup>38</sup>:

Assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seus atos de criação; harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo; zelar pela obtenção de eficiência administrativa; zelar pela autonomia administrativa, operacional e financeira.

Como visto, não obstante tenham personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração, as empresas públicas não poderão agir sem buscar o interesse público, assim como não poderão ter suas atividades orientadas pela busca de lucro, o qual apenas poderá ser consequência da atividade ou de serviço bem executado, desde que não seja o objetivo principal da atividade.

Por conseguinte, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>39</sup> ainda ensina que o corpo social também não pode se abster do controle das empresas estatais, já que detêm interesses que pertencem a toda sociedade, vejamos:

As criaturas em apreço são, pois, figuras pelas quais se realiza administração pública, vale dizer, administração de interesses que pertencem a toda a Sociedade e que, de conseguinte, têm que ser conhecidos e controlados por todos os membros do corpo social, através dos mecanismos que a Sociedade, constitucional e ou legalmente, instituiu como pertinentes à fiscalização e correção dos negócios públicos. Ainda que sociedades mistas se submetam a controles internos ou efetuados meramente a nível de acionistas ou cotistas, --- evento que se processa na intimidade de tais sujeitos e que serve também e sobretudo à defesa de interesses privados de acionistas minoritários --- não podem se lavar dos controles externos, que são, aliás, de distintos tipos. Valham, como referência, os efetuados pela própria Administração Central, os que podem resultar de ação popular e os que se efetuam pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas pertinente (arts. 5º, LXXIII; 49, X; 70 e 71 da Constituição Federal). Aliás, a existência de tais controles serve para demonstrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto modeladas sobre figurino tomado de empréstimo, em geral, ao direito mercantil, são visceralmente distintas da generalidade das pessoas de direito privado. Em relação a estas últimas não haveria cogitar das aludidas formas de controle.

<sup>38</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 6ª ed. 2012. p. 79.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime Público**. Revista Diálogo. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 29 set 2018.

Através da assertiva acima, podemos notar ainda que as formas de controle somente sobre as empresas estatais são possíveis pelo fato de que estas possuem características públicas e privadas, sendo o seu regime jurídico dotado de normas de direito público e de direito privado.

Regime jurídico, que pode ser conceituado como o conjunto de normas que disciplinam determinado tipo de atividade relevante socialmente, e que pode ser dividido em público ou privado, assume características peculiaridades no tocante às empresas estatais.

Desse modo, é objeto de inquietações dos estudiosos do tema definir qual forma o regime jurídico que as empresas públicas assumem, uma vez que é definido como de direito privado, mas está também adstrito a características do direito público.

Diante disto, segundo trabalho defendido pelo autor Alexandre Santos de Aragão<sup>40</sup>, temos que:

O mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem de Direito Privado, nem de Direito Público, nem tampouco de direito privado com derrogações de direito público: trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos.

É possível chegar a essa afirmação a partir do que o autor e professor de Direito Administrativo, Giulio Napolitano<sup>41</sup>, ensina sobre a relação recíproca influenciadora entre o direito público e privado, vejamos:

[...] uma aproximação formal do direito público ao privado, como um único sistema completo em si mesmo, coerente de dados especificamente jurídicos. Isto evidencia as várias formas que o direito privado possui de adentrar o direito público, ora emprestando

<sup>40</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais> > Acesso em 11 de out. 2018.

<sup>41</sup> NAPOLITANO, Giulio. **Pubblico e privato nel diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè. 2003. p. 53.

seus valores para construir um só elemento, ora deixando-o usar suas relações jurídicas para conectar-lhes faculdades e obrigações públicas, ora, finalmente, trazendo ao direito público, dentro dos limites de seu caráter peculiar, o necessário apoio e complemento

Dessa maneira, podemos ver que é plenamente possível a mescla de institutos jurídicos de direito público e de direito privado, sendo que as empresas estatais assumem o regime jurídico híbrido, já que não poderão gozar de prerrogativas inerentes ao Estado - para que não haja vantagem na competição com as demais empresas privadas – mas que, submetem-se às limitações estatais que decorrem dos princípios administrativos expostos no art. 37 da Constituição Federal.

Assim, já que são pessoas jurídicas de direito privado, o Estado não poderá conceder às empresas estatais benefícios processuais e fiscais que não são estendidos as demais empresas privadas, pois não gozam de vantagens que o Estado possui em decorrência da supremacia do interesse público.

Neste sentido, o autor Matheus Carvalho<sup>42</sup> é claro ao ensinar que:

Costuma-se estabelecer que o regime jurídico aplicado a estas entidades é um regime híbrido, ou misto, no qual, não estão presentes as prerrogativas estatais, no entanto, há exigência de respeito aos princípios da Administração Pública.

Existirão regras tanto de direito privado como de direito público no âmbito das empresas estatais. Algumas regras serão claramente voltadas às regras contratuais e de mercado, evidenciando o caráter privado. Por outro lado, algumas regras terão viés voltados à coletividade, de modo a atender aos princípios administrativos, visando a satisfação do interesse público.

Desse modo, podemos dizer que trata-se de um regime específico, ainda que privado, visto que sofre ingerências do Poder Público, que é seu instituidor, especialmente o controle e a principiologia característica à atividade administrativa.

Abrindo espaço para posições contrárias, o autor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>43</sup> é enfático quanto ao regime jurídico das empresas em questão, afirmando que se trata de um regime público, porquanto componentes da Administração

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2ª ed. 2015, p. 199.

<sup>43</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime Público**. Revista Diálogo. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 set 2018.

Indireta. Para ele, o fato de possuírem personalidade jurídica de Direito Privado não lhes desvirtua o regime público, haja vista que “gravitam na órbita pública”.

O autor afirma ainda que o fato de serem transvestidas de um figurino privado, não lhe traduz um perfil completamente idêntico aos das empresas privadas, o que ele justifica pelos fins aos quais são criadas, pela destinação dos recursos que manejam e pelos interesses a que servem, impondo supostamente um regime diferente das empresas privadas.

Apesar de respeito à opinião do aludido autor, o presente trabalho adota a posição de hibridismo do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, conforme leciona a maioria dos doutrinadores brasileiros, entre eles o já mencionado Matheus Carvalho, além de José dos Santos Carvalho Filho<sup>44</sup>, que defende a posição afirmando:

A análise do regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias deve partir de dois pressupostos – um deles, considerando o fato de que são pessoas de direito privado, e o outro, a circunstância de que integram a Administração Pública. Sem dúvida, são aspectos que usualmente entram em rota de colisão, mas, por sua vez, inevitáveis ante a natureza das entidades.

**Diante disso, a consequência inevitável é a de que seu regime jurídico se caracteriza pelo hibridismo normativo, no qual se apresenta o influxo de normas de direito público e de direito privado.** Semelhante particularidade, como não poderia deixar de ser, rende ensejo a numerosas perplexidades e divergências. (grifo nosso)

Desse modo, conclui-se que, apesar de serem classificadas como pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta, as empresas estatais possuem um regime jurídico misto (ou híbrido), possuindo tanto normas de direito público, a fim cumprimento fiel das prerrogativas e limitações administrativas, como normas privadas, para que alguns entraves burocráticos sejam superados com maior facilidade, possibilitando maior eficiência na atuação administrativa.

#### 4.1 A RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS

---

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 31<sup>a</sup> ed. 2017. p. 523 – versão digital.

Os princípios administrativos elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal abarcam todas as atividades em que entes públicos da Administração Direta ou Indireta atuem. Neste contexto, apesar das empresas estatais possuírem um regime jurídico híbrido, como explicado no tópico anterior, devem atender às determinações principiológicas constitucionais por atuarem em nome da Administração.

Assim, como o regime não é totalmente público, algumas diferenças existirão no cumprimento dos referidos princípios, mediante a presença do direito privado no cotidiano destas empresas.

A partir disso, se passará para a análise dos princípios e suas relações entre o direito privado e a atuação administrativa.

#### **4.1.1 Princípio da Legalidade nas Empresas Estatais**

Como sabemos, existe uma diferença entre o princípio da legalidade interpretado à luz da atuação de particulares ou à luz da atuação administrativa. No tocante à atuação dos sujeitos privados, este princípio permite que o particular atue livremente, desde que não haja proibição legal. Por outro lado, quando estamos na esfera administrativa, o princípio legal determina a atuação estatal de forma estrita, de modo que o administrador só pode agir dentro dos parâmetros determinados pela lei, isto é, a lei determina positivamente até onde o agente poderá atuar.

Assim, nos resta abordar aqui como atua este princípio na esfera das entidades privadas da Administração Pública, regidas majoritariamente pelo direito privado.

Ao longo do tempo, a legalidade estrita vem dando certa margem ao administrador, de maneira que várias atuações são realizadas discricionariamente, mediante uma margem legal conferida ao agente. Não é diferente no que tange às empresas estatais, que a legalidade estrita se apresenta de maneira menos acentuada, sendo impossível determinar que a lei conseguisse reger amplamente toda a atuação destas entidades, as quais realizam inúmeras relações financeiras, econômicas, administrativas e políticas diariamente, tanto de forma nacional como internacional.



A norma legal que se exige das empresas estatais é a do art. 37, XIX, da Constituição Federal, a qual determina que as empresas do Estado sejam criadas ou tenham sua autorização de criação somente por lei específica, salvo para criação de subsidiárias e participação minoritárias em outras empresas, para o que se exige base normativa própria, de acordo com o inciso XX, do artigo acima citado. Assim, as empresas estatais podem atuar livremente, com exceção daquilo que seja contrário ao direito, seja de direito público ou direito privado.

Em suma, a lei apenas rege a forma de criação das empresas públicas e das sociedades de economia mista, do seu objeto social e da participação em outras empresas. A despeito disso, as empresas estatais são regidas pelo princípio da legalidade de forma negativa, ou seja, não necessitam de autorização de lei para atuarem, agindo propriamente como pessoa jurídica de direito privado.

Dessa forma, estão livres para, por exemplo, contratarem na modalidade contratual que desejarem, salvo as expressamente vedadas para determinadas ações, de acordo com a lei.

Assim, neste campo do princípio da legalidade, as empresas estatais ficam num campo intermediário, porém mais inclinadas onde estão as pessoas jurídicas de direito privado do que as pessoas de direito público, uma vez que necessitam de base legal (a lei que instituir a empresa) para nascer e ter sua atribuição finalística, mas, depois disso, podem, respeitando seu objeto definido legalmente, praticar todas as ações que o direito não proibir.

#### **4.1.2 Princípios da Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência nas Empresas Estatais**

Estes princípios podem ser analisados de forma conjunta, sendo o primeiro aquele que impede privilégios ou prejuízos em função de interesses sociais daquele que está no poder, devendo atuar de maneira a zelar pelo melhor para a sociedade. O segundo determina que o administrador deve atuar de maneira proba, sendo um gestor honesto e íntegro. O terceiro implica na transparência administrativa, fazendo com que o administrador dê ciência aos administrados de suas tarefas e dos gastos públicos. Por último, a eficiência deve ser a busca pelo melhor resultado possível com o menor gasto de recurso e de tempo necessários, além de boa execução do serviço ou obra.

Dito isto, é fácil notar que estes princípios não são exclusivos das empresas governamentais, fazendo parte também das pessoas jurídicas empresariais, com a diferença de que nestas empresas o objeto é o lucro dos sócios, enquanto que nas empresas estatais os objetivos são mais variados, quais sejam: o interesse público, o desenvolvimento econômico e, por fim, os lucros dos acionistas. Aqui, rápida observação deve ser feita no que tange à preocupação que se faz atualmente quanto ao desenvolvimento econômico, de modo que este objetivo deve estar paralelamente ligado à preservação dos recursos ambientais (desenvolvimento sustentável).

Neste contexto, quando um sócio age por motivos pessoais, colocando em risco a lucratividade de seu negócio individual, apenas ele responde pelas consequências daí advindas. Contudo, não é isso que acontece numa organização estatal, onde a complexidade de pessoas e interesses envolvidos é muito maior. Desse modo, é imprescindível critérios objetivos de administração, que são trazidos de empresas privadas de sucesso, colocando a impessoalidade a frente do negócio, fazendo uma gestão eficiente.

Por exemplo, é difícil que um sócio coloque seu negócio em risco com o objetivo de punir algum inimigo pessoal de dentro da empresa, o que está em jogo é a eficiência da empresa e seu consequente lucro. Por óbvio, da mesma forma deve ser um administrador público a frente de uma empresa estatal.

No sentido de fortalecer a administração quanto à transparência e publicidade, o Estatuto Jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, a lei 13.303/2016, trouxe normas de gestão de riscos (art. 9), de membros independentes do conselho de administração, de auditorias (art. 9, §3º - auditoria interna; art. 24 – auditoria externa), de metas para os diretores (art. 13, 18 e 23), de requisitos e vedações para escolha de diretores e membros dos conselhos fiscal e administrativo (arts. 17 e 26), com objetivo de evitar interesses políticos sobre as estatais, entre outros.

Estas normas nasceram visando maior impessoalidade, moralidade e eficiência na administração de empresas estatais, orientadas pela influência do direito privado praticado pela governança corporativa de empresas privadas.

O termo governança corporativa vem ganhando destaque, principalmente, nas sociedades economia mistas, empresas estas influenciadas pela esfera privada, e que importou o termo dos Estados Unidos. Alguns autores vêm estudando o

assunto da eficiência das companhias segundo essa visão moderna de governança corporativa, e ensinam que, segundo as palavras dos autores Alfredo Lamy Filho e Luiz Bulhões Pedreira<sup>45</sup>:

Nos últimos anos surgiu nos Estados Unidos e difundiu-se em outros países, inclusive no Brasil, movimento denominado 'governança corporativa', que se propõe a aperfeiçoar a administração das companhias, no reconhecimento de que o exercício do poder de controle pelos administradores, sem mecanismos institucionais eficazes de fiscalização e orientação pelos acionistas, presta-se a abusos. [...] O movimento da 'governança corporativa' propõe a adoção de 'códigos de conduta' e diversas outras providências para limitar a discricionariedade dos executivos, submetendo-os a fiscalização mais efetiva dos acionistas [...]. O movimento de governança corporativa deverá contribuir para o aperfeiçoamento da gestão das companhias, principalmente mediante divulgação dos princípios e valores que devem orientar seus controlados e administradores.

Deste modo, é possível enxergar mais uma influência da iniciativa privada nas empresas estatais, afetando diretamente os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência. A partir dessas palavras, podemos entender os códigos de conduta presentes na Lei 13.303/2016, objetivando uma atuação eficiente e proba dos administradores das companhias, sempre pautados na transparência da coisa pública e respeitando as finalidades empresariais.

É neste contexto que os princípios administrativos devem ser aperfeiçoados e testados nas empresas estatais, através de sua governança corporativa, a qual tem laços com o estatuto jurídico das empresas estatais, com a vantagem de que nas empresas privadas apenas os sócios controlam a eficiência, mas nas empresas públicas qualquer cidadão tem a oportunidade de exigir o cumprimento dos objetivos para atendimento dos interesses sociais.

#### 4.2 TRAÇOS DE PROXIMIDADE ENTRE AS EMPRESAS ESTATAIS E O DIREITO PRIVADO

Como anteriormente já analisado, a Constituição Federal, no seu art. 173, §1º, II, obriga as empresas estatais que exploram atividade econômica à obediência

---

<sup>45</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed. 2016. p. 788-790.

ao regime jurídico próprio das empresas privadas, especialmente quanto aos direitos civis, obrigacionais, tributários e trabalhistas.

Essa determinação existe para impedir que estas estatais tenham privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, deixando em pé de igualdade a livre concorrência e o equilíbrio do mercado.

Como o regime jurídico das estatais é híbrido, elas se submetem também às normas de direito público, como a necessidade de obediência ao procedimento licitatório para celebração de contratos; realização de concurso público para admissão de pessoal; submissão ao Tribunal de Contas e do Poder Legislativo para controle e fiscalização de suas transações financeiras.

Percebe-se assim, que a atividade das empresas estatais é vinculada tanto ao direito público como ao direito privado, isto ocorre para que haja concorrência leal com as empresas do setor privado e para garantir o cumprimento dos princípios administrativos, como a igualdade (contratação por meio de licitação), moralidade e probidade (controle externo) e economicidade e isonomia (licitações).

Dito isto, nos cumpre aqui analisar as principais influências que o direito privado impõe sobre o funcionamento das estatais, especialmente sobre os seus bens, sobre o pessoal.

#### **4.2.1 Regime Trabalhista nas Empresas Estatais**

Os agentes que trabalham nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista são chamados de empregados públicos, uma vez que têm suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Ademais, como o vínculo decorre de uma relação trabalhista, os eventuais litígios envolvendo os empregados e a empresa estatal serão solucionados pela Justiça do Trabalho.

De logo, já podemos perceber que o direito privado está intrinsecamente ligado à atividade das empresas da Administração Indireta pela competência de resolução de conflitos ser da Justiça do Trabalho, e não da Justiça Comum, que detém competência somente para dirimir conflitos resultantes de relações de natureza jurídico-administrativa.

Neste sentido, a melhor jurisprudência<sup>46</sup> ensina:

---

<sup>46</sup> TJ-PI. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 00037455920138180000 PI 201300010037455. Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa. DJ: 23/07/2014. **JusBrasil**. Disponível em <<https://tj->

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REGIME ESTATUTÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. VALIDADE E EFICÁCIA DA LEI MUNICIPAL Nº 281/93. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - **O vínculo jurídico que se estabelece entre a Administração Pública e seus servidores é de direito administrativo e, por isso mesmo, não comportaria discussão na Justiça do Trabalho.** 2 - No que tange a alegação de vício na publicação da Lei Municipal nº 281/93, em processo paradigmático de Relatoria do Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, citado acima, ficou firmado o entendimento que a referida lei teve a sua publicidade amplamente divulgada a partir de sua afixação na sede do Município, tornando-se válida e aceitável diante da ausência de órgão de imprensa oficial municipal no ano de 1993, nos termos do supracitado art. 28, parágrafo único, da Constituição Estadual do Piauí. 3 - Não há que se falar em regime celetista ou em competência da Justiça do Trabalho no presente caso, uma vez que o Estatuto dos Servidores Públicos de Cocal é norma válida e eficaz, posto que cumpriu as exigências normativas da época. 4 - Recurso conhecido e provido. (grifo nosso)

Como visto, o que se leva em conta para determinação da competência do litígio é a natureza da relação estabelecida entre a Administração Pública e o servidor ou empregado público. Assim, quando a relação for empregatícia, a competência é da Justiça do Trabalho. Por outro lado, quando for relação jurídico-administrativa, a competência é da Justiça Comum.

Ademais, existem algumas peculiaridades no tocante aos empregados públicos, as quais diferenciam estes com os demais servidores públicos.

Neste contexto, como se sabe, os servidores públicos são aprovados por concurso público e, após o período do estágio probatório, adquirem estabilidade no cargo. Os empregados públicos, por sua vez, não adquirem a estabilidade no serviço público, regra esta estampada no texto da Súmula 390<sup>47</sup> do Tribunal Superior do Trabalho, estabelecendo que “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

---

pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293352015/agravo-de-instrumento-ai-37455920138180000-pi-201300010037455> Acesso em: 09 out. 2017.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula Nº 390.** II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. Disponível em < [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-390](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390) > Acesso em: 10 out. 2018.

Nesses casos, acontece que a dispensa deve ser necessariamente motivada, a fim de impedir que haja perseguição. Nesse sentido, o STF julgou o RE 589998/PI, em que afirmou expressamente a necessidade de motivação do ato de dispensa.

No entanto, as influências das normas privadas não regulamentam toda a seara no que tange ao “pessoal”, existem regras de cunho publicista que se aplicam aos empregados das empresas estatais, conforme ensinam os doutrinadores Ricardo Alexandre e João de Deus<sup>48</sup>, quais sejam:

- a) a investidura no emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, CF);
- b) estão submetidos à proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, XVI e XVII, CF);
- c) estão sujeitos ao teto remuneratório previsto na Constituição Federal, na hipótese de a empresa pública ou sociedade de economia mista da qual são empregados receber recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (art. 37, XI e § 9.º, CF). Em sentido contrário, se essas empresas não receberem recursos do ente controlador para as finalidades anteriores, os seus empregados não se submeterão ao teto remuneratório constitucional;
- d) os empregados públicos das empresas governamentais são equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1.º, do Código Penal). Além disso, são considerados como agentes públicos para fins de aplicação de sanções na hipótese de prática de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992).

Como podemos notar, as normas públicas (constitucionais e administrativas) não regulamentam sozinhas as empresas governamentais, visto que existe forte e direta influência de normas privadas nas relações de pessoal, especialmente pela presença marcante do Direito do Trabalho nas regras que permeiam as relações empregatícias dessas empresas, além do fato de que a Justiça do Trabalho é a competente para solucionar conflitos em que os empregados públicos sejam parte.

#### **4.2.3. Regime de Bens nas Empresas Estatais**

Os bens públicos já foram uma matéria divergente doutrinariamente, de modo que uma parte dela considerava que são bens públicos todos os bens das

---

<sup>48</sup> ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 4ª ed. 2018. p. 80 – versão digital.

peessoas jurídicas de direito público e também os que pertencem às pessoas de direito privado que atuem na prestação de serviços públicos, desde que estejam atrelados à execução destas atividades públicas.

Para dirimir a controvérsia, o Código Civil, em seu art. 98, definiu que somente são considerados bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público. E é neste sentido que o autor José dos Santos Carvalho Filho<sup>49</sup> ensina:

Bens públicos são todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertencem as pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

Neste contexto, entende, em geral, que os bens das empresas estatais não têm qualidade de bens públicos, porém, aqueles bens que estejam atrelados à prestação de serviços públicos possuem prerrogativas inerentes aos bens públicos, como a imprescritibilidade e a impenhorabilidade. A razão para essas prerrogativas é o fato da necessidade de cumprimento do princípio da continuidade dos serviços públicos

Por outro lado, no que tange às empresas estatais que exploram atividade econômica, não se pode dizer que sobre estas recai qualquer garantia, e são, assim, bens privados para qualquer fim, podendo, inclusive, a penhora e oneração destes bens com direitos reais de garantia.

Esta face do direito privado ocorre, mais uma vez, a fim de evitar a concorrência desleal e privilegiar a livre iniciativa. Não seria compatível com tais princípios, os quais são determinantes em um sistema capitalista, que o Poder Público tratasse de forma diferente entidades que ele mesmo cria e que atuam em saudável concorrência com a iniciativa privada.

Como visto, uma norma de cunho privado foi usada para regular uma situação que era controversa na doutrina administrativa. O Código Civil conseguiu pacificar o entendimento, fazendo com que o princípio da livre competição do sistema capitalista fosse respeitado.

---

<sup>49</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª ed. 2012. p. 1237.

Assim, a principal marca de influência do direito privado no tocante aos bens das empresas públicas é a impossibilidade do caráter de alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, imprescritibilidade daqueles pertencentes às empresas governamentais que exploram atividade econômica e que se equiparam às empresas particulares.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo, assim como outros ramos do direito público, ganhou força no direito moderno a partir do Século XIV, quando foi observado que era necessária a introdução de termos jurídicos publicistas na estrutura administrativa, assim como de um Estado que zelasse mais pelos interesses sociais do que dos interesses privados.

Após atuar ao longo dos anos de forma independente, a Administração Pública começou a perceber que era possível a utilização de normas de direito privado para alcance da eficiência.

Esse cenário foi notado, a nível global, depois das duas guerras mundiais, onde a demanda populacional passou a ter uma nova concepção, qual seja, a busca da igualdade. Desse modo, o Estado se viu necessitado a abraçar as necessidades da população, tentando promover o que foi chamado de Estado de Bem-Estar Social, começando a fornecer os serviços públicos de saúde, educação e interferência da ordem econômica, a fim de promover a igualdade entre todos.

Diante desse cenário, o Estado cresceu em demasia e passou a ter que lidar com a burocratização dos serviços e com a ineficiência, já que não conseguia atender a toda população de modo satisfatório.

A partir disso, algumas normas de cunho privado passaram a ser utilizados pela Administração Pública, a fim de atender ao interesse público de forma mais simples e eficaz, assim como para suprir eventuais lacunas legislativas que foram surgindo com as relações propostas pela Administração com particulares.

Este movimento de fuga ao direito privado ocorreu por alguns outros fatores, entre eles estão o formalismo imposto à Administração Pública de forma geral, mais especificamente aos entes da Administração Indireta, que receberam da Constituição vigente tratamento semelhante ao conferidos à Administração Direta; o desprezo brasileiro à legalidade; e, por fim, a lentidão do processo legislativo.

No entanto, é necessário ressaltar que a eficiência não pode ser taxada como absoluta, não podendo ainda ser confundida com a possibilidade que a iniciativa privada tem de atingir essa eficiência, já que não está presa às amarras do regime jurídico administrativo.

Tais situações de abusos dos institutos privados devem ser fiscalizados e devem ser punidos aqueles que forem contrários ao direito, sendo especialmente obedecido o princípio da legalidade e a preservação da segurança jurídica.

O fato é que a presença de algumas irregularidades no uso do direito privado pela Administração Pública não consegue esconder a evidente aproximação entre os dois ramos do direito, como foi plenamente analisado nos tópicos dos contratos e das empresas estatais.

Pôde-se observar que, em algumas situações, as normas privadas têm mais presença que as normas públicas, e vice-versa, desde que o objetivo da atuação seja a plena satisfação do interesse público.

No que tange a relação entre o direito privado nos contratos realizados pela Administração, podemos concluir que o Estado realiza tanto contratos públicos, como contratos privado, tendo aquele maior ou menor participação na celebração do negócio jurídico, dependendo da modalidade contratual que se adote.

Naqueles em que a participação de regras privadas for maior, o direito público não estará totalmente excluído, mas somente incidirá naquilo que for basicamente necessário, respeitando a predominância das normas privadas.

Podemos ir além, afirmando que a presença do direito privado nos contratos da Administração é maior do que a presença do direito público. Isto ocorre basicamente devido ao instituto “contrato” ter raízes no direito privado e pela existência de várias modalidades que variam de acordo com o objeto avençado e com o participante, incluindo o Estado. Já o direito público caberá de alguma forma sempre que a Administração se fizer presente, tendo, contudo, que conviver com as normas privadas.

Já com relação às empresas estatais, é notável a relação harmônica com a qual o direito privado e o direito público convivem, chegando ao ponto de, apesar de serem classificadas como pessoa jurídica de direito privado, terem seu regime jurídico misto ou híbrido, não excluindo nenhuma das correntes do direito. Esse hibridismo jurídico permite que as prerrogativas jurídicas sejam cumpridas, que as limitações administrativas sejam respeitadas, e que as amarras burocráticas sejam menores, proporcionando uma melhor eficiência administrativa.

Neste cenário, observa-se a oportunidade que as empresas estatais têm de aperfeiçoar o uso dos princípios administrativos constitucionais, através do que se chama de governança corporativa, permitindo uma melhor gestão e consequente

cumprimento do dever estatal, com a possibilidade de fiscalização pelos próprios cidadãos do cumprimento dos interesses sociais, através dos mecanismos de transparência.

Por tudo isso, concluímos que a fuga para o direito privado é necessária e oportuna, como foi visto através da análise dos institutos acima mencionados e de outros, como as privatizações e a possibilidade de autocomposição da Administração Pública. Contudo, a fuga não deve ser total, visto que não é benéfico para a Administração Pública ser formada apenas pelo direito público ou pelo direito privado. O que deve existir é uma forma de convivência dos dois ramos, de forma equilibrada e harmônica, para a constituição de um ordenamento jurídico forte e que consiga abranger toda a atuação estatal.

## REFERÊNCIAS

ALCAZAR, Mariano Baena del. **Curso de ciencia de la administración**. Madri: Tecnos, 1985. v.1.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 4. ed. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais> > Acesso em 11 de out. 2018.

ARAUJO, José A. Estevez. **La crisis del principio de legalidade**: la imagen jurídico-formal y la realidade material de funcionamento de la administración. In: Anuario de Filosofia del Derecho VII, Barcelona, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula Nº 390**. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. Disponível em < [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-390](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390) > Acesso em: 10 out. 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 31. ed. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21. ed. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da aplicação do direito privado no direito administrativo, 1998**. Tese (Livre Docência) – Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 11. ed. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

DROMI, José Roberto. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 31. ed. 2018. p. 339 – versão digital.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 7, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 04 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume IV: contratos. São Paulo: Saraiva, 3. ed. 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 8. ed. 2011.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed. 2016.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Niterói: Impetus, 6. ed. 2012.

MARRARA, Tiago. **Direito Administrativo e as novas tecnologias**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 26. ed. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime Público**. Revista Diálogo. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 set 2018.

NAPOLITANO, Giulio. **Pubblico e privato nel diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè. 2003.

SAZ CORDERO, Silvia Del. Desarrollo y crisis del derecho administrativo: su reserva constitucional. In: CHINCHILLA, Carmen. **Nuevas perspectivas del derecho administrativo**. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1992.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública: Necessidade de utilização e reserva constitucional do Direito Administrativo à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1.ed. 2016.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; DE MATOS, André Salgado. **Contratos Públicos: direito administrativo geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.113 - RJ (2007/0292605-9). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21064443/recurso-especial-resp-1021113-rj-2007-0292605-9-stj/inteiro-teor-21064444?ref=juris-tabs>> Acesso em: 13 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 550

TJ-SP. APELAÇÃO: APL 0000777-09.2012.8.26.0246 SP 0000777-09.2012.8.26.0246. Relator: Des. Maurício Fiorito. DJ: 18/11/2014. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152724225/apelacao-apl-7770920128260246-sp-0000777-0920128260246> > Acesso em: 13 nov. 2018.

TJ-PI. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 00037455920138180000 PI 201300010037455. Relator: Des. Hilo de Almeida Sousa. DJ: 23/07/2014. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293352015/agravo-de-instrumento-ai-37455920138180000-pi-201300010037455>> Acesso em: 09 out. 2018.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos. El critério de la eficiencia em el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública**: RAP, Madrid, n. 186, p. 91-135, sept./dic. 2011.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Públicos e Direito Privado**: interpretação, princípios e inadimplemento. São Paulo: Almedina, 2016.